



INTERPRETAZIONE AUTENTICA, DISAPPLICAZIONE E GIUDIZIO  
DI COSTITUZIONALITÀ IN UNA VICENDA DI CONTRASTO TRA  
DIRITTO INTERNO E ORDINAMENTO COMUNITARIO. A  
PROPOSITO DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, 11  
NOVEMBRE 2004, CAUSA C-457/02, *NISELLI*.

Antonio Borzi

*(dottorando di ricerca in diritto costituzionale nell'Università di Ferrara)*

*16 giugno 2005*

Sommario: 1. Premessa - 2. La (possibile) rilevanza nella vicenda in esame della natura di disposizione di interpretazione autentica dell'art. 14 del d. l. n. 138 del 2002- 2.1. L'art. 14 come "vera" disposizione di interpretazione autentica - 2.2. L'art. 14 come disposizione pseudointerpretativa - 3. La sentenza *Niselli* e i fatti pregressi rispetto all'art. 14 - 3.1. La decisione della Corte di giustizia - 3.2. Le conclusioni dell'avvocato generale - 3.2.1 Disapplicazione e principio di legalità della pena - 3.2.2. Disapplicazione e principio di retroattività favorevole - 3.2.3 .Disapplicazione e impossibilità per una direttiva di creare obblighi nei confronti dei singoli - 3.3. La strada del giudizio costituzionale sull'art. 14 - 3.3.1. La rilevanza della questione *sub specie* di applicabilità dell'art. 14 nel giudizio principale anche in caso di declaratoria di incostituzionalità - 3.3.2. La rilevanza della questione *sub specie* di riconoscimento per il giudice *a quo* del potere di disapplicare l'art. 14, cit. senza la necessità di adire la Corte costituzionale - 3.3.3. L'inammissibilità della questione per effetto dell'art. 25, comma 2, Cost. - 4. La sentenza *Niselli* rispetto ai fatti successivi all'art. 14 - 5. Conclusioni.

### 1. Premessa

L'11 novembre 2004, la Corte di giustizia della CE, con sentenza in causa C-457/02, *Niselli*, si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale formulato dal Tribunale penale di Terni che chiedeva al giudice comunitario:

- a) se è possibile che la nozione di rifiuto dipenda tassativamente dalla condizione che le parole: "si disfi", "abbia deciso" o "abbia l'obbligo di disfarsi", recepite in Italia dall'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, siano interpretate come è stabilito dall'art. 14, comma 1, del d.l. n. 138 del 2002;
- b) se è possibile che non ricorre la nozione di rifiuto per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo ove sussista una delle condizioni di cui all'art. 14, comma 2, del d. l. n. 138 del 2002<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Per chiarezza si riportano le disposizioni richiamate. L'articolo 6, comma 1, lett. a) del d. lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 stabilisce che deve essere considerato rifiuto "qualsiasi sostanza od oggetto che rientra nelle categorie riportate nell'allegato A e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsi".

L'art. 14 del d.l. n. 138 del 2002 stabilisce al primo comma che "Le parole: si "disfi", "abbia deciso" o "abbia l'obbligo di disfarsi" di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 5 febbraio

La Corte di giustizia ha risolto le due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della nozione di rifiuto, di cui alla direttiva n. 75/442/CEE, nel senso che:

*sub a): “la definizione di rifiuto contenuta nell’art. 1, lett. a), primo comma, della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE e dalla decisione della Commissione 24 maggio 1996, 96/350/CE, non può essere interpretata nel senso che essa ricomprenderebbe tassativamente le sostanze o i materiali destinati o soggetti alle operazioni di smaltimento o di recupero menzionati negli allegati II A e II B della detta direttiva, oppure in elenchi equivalenti, o il cui detentore abbia l’intenzione o l’obbligo di destinarli a siffatte operazioni”;*

*sub b): “la nozione di rifiuto ai sensi dell’art. 1, lett. a), primo comma, della direttiva 75/442, come modificata dalla direttiva 91/156 e dalla decisione 96/350, non dev’essere interpretata nel senso che essa escluderebbe l’insieme dei residui di produzione o di consumo che possono essere o sono riutilizzati in un ciclo di produzione o di consumo, vuoi in assenza di trattamento preventivo e senza arrecare danni all’ambiente, vuoi previo trattamento ma senza che occorra tuttavia un’operazione di recupero ai sensi dell’allegato II B di tale direttiva”.*

Benché il ruolo della Corte di giustizia, nell’esercizio della competenza pregiudiziale di cui all’art. 234 del Trattato Ce, non sia quello di pronunciarsi sulla compatibilità del diritto nazionale con l’ordinamento comunitario, le conclusioni a cui è giunto il giudice comunitario rivelano un contrasto difficilmente sanabile tra normativa interna e normativa comunitaria sulla nozione di rifiuto e depongono verso un esito

---

1997, n. 22, e successive modificazioni...si interpretano come segue:

a) “si disfi”: qualsiasi comportamento attraverso il quale in modo diretto o indiretto una sostanza, un materiale o un bene sono avviati o sottoposti ad attività di smaltimento o di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo n. 22;

b) “abbia deciso”: la volontà di destinare ad operazioni di smaltimento e di recupero, secondo gli allegati B e C del decreto legislativo n. 22, sostanze, materiali o beni;

c) “abbia l’obbligo di disfarsi”: l’obbligo di avviare un materiale, una sostanza o un bene ad operazioni di recupero o di smaltimento, stabilito da una disposizione di legge o da un provvedimento delle pubbliche autorità o imposto dalla natura stessa del materiale, della sostanza e del bene o dal fatto che i medesimi siano compresi nell’elenco dei rifiuti pericolosi di cui all’allegato D del decreto legislativo n. 22”.

Il successivo comma 2 stabilisce che “Non ricorrono le fattispecie di cui alle lettere b) e c) del comma 1, per beni o sostanze e materiali residuali di produzione o di consumo ove sussista una delle seguenti condizioni:

a) se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all’ambiente;

b) se gli stessi possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di consumo, dopo aver subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero tra quelle individuate nell’allegato C del decreto legislativo n. 22”.

La definizione di rifiuto di cui all’art. 1, lett. a) della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, n. 75/442/CEE ha l’identico tenore letterale di quella prevista dal d. lgs. n. 22 del 1997: “si intende per “rifiuto” qualsiasi sostanza od oggetto che rientri nelle categorie riportate nell’allegato I e di cui il detentore si disfi o abbia deciso o abbia l’obbligo di disfarsi”.

altrettanto sfavorevole della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro l'Italia in relazione al medesimo art. 14 del d. l. n. 138 del 2002<sup>2</sup>.

Con la pronuncia *Niselli* la Corte di giustizia ha voluto scongiurare la possibilità che i legislatori nazionali potessero sovrapporre definizioni interne di rifiuto a quella comunitaria, attraverso l'utilizzo di norme generali e astratte. Nondimeno, il giudice comunitario si è nuovamente sottratto ad una interpretazione complessiva della nozione di rifiuto, limitandosi a riepilogare i criteri e gli "indizi" utili a stabilire se una determinata sostanza possa essere qualificata o meno come rifiuto, che di volta in volta ha indicato attraverso la propria giurisprudenza<sup>3</sup>.

Sotto questo profilo, una nuova definizione nazionale urta con il modo di procedere "caso per caso" della Corte di giustizia, specie se l'azione del legislatore nazionale finisce per "sottrarre alla qualifica come rifiuto residui di produzione o di consumo che invece corrispondono alla definizione sancita dall'art. 1, lett. a), primo comma, della direttiva 75/442" (sent. *Niselli*, p. 51).

E' evidente, quanto scontato, che la sentenza si rivolge in primo luogo al legislatore che dovrà adeguarsi ai principi espressi dall'istituzione comunitaria sulla definizione comunitaria di rifiuto, nonché alle valutazioni che, se pure implicitamente, sono state fornite sulla nozione interna nonché alle autorità amministrative e giurisdizionali che saranno chiamate ad applicare l'art. 14, cit. tanto a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, quanto a vicende realizzatesi successivamente.

Lo scopo di queste pagine non è quello di tentare una soluzione del *rebus* circa l'esatta nozione di rifiuto, ma di portare in primo piano i problemi che la vicenda *Niselli* è in grado di sollevare, soprattutto in relazione ai rapporti tra ordinamento nazionale e sistema delle fonti comunitarie, ai limiti di utilizzabilità dell'istituto della disapplicazione e al ruolo del giudizio di costituzionalità, quali strumenti per risolvere gli eventuali conflitti<sup>4</sup>. Il metodo che si intende seguire è quello di ripercorrere le argomentazioni dell'avvocato generale per utilizzarle come traccia di tutti i profili problematici appena indicati.

---

<sup>2</sup> Più precisamente, la Commissione europea con atto n. C (2002) 3868 ha avviato una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano ai sensi dell'art. 226 del Trattato Ce, per contrasto della disposizione italiana con la direttiva n. 75/442/CEE del Consiglio del 15 luglio 1975 sui rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 18 marzo 1991, n. 91/156/CEE. Alla c.d. lettera di messa in mora è seguito il parere motivato della Commissione datato 9 luglio 2003 (disponibile in *Rivistambiente*, 11/2003, 1186 e ss.).

<sup>3</sup> Corte di Giustizia, sentenza 28 marzo 1990, cause riunite C-206/88 e C-207/88, *Vessoso e Zanetti*, in *Racc.*, pag. I-1461; sentenza 10 maggio 1995, causa C-422/92, *Commissione/Germania*, in *Racc.*, pag. I-1097; sentenza 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi e a.*, in *Racc.*, pag. I-3561; sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter – Environnement Wallonie*, in *Racc.* I-7411; sentenza 15 giugno 2000, cause riunite C-418/97 e C-419/97, *Arco Chemie Nederland e a.*, in *Racc.*, pag. I-4475; sentenza 18 aprile 2002, causa C-9/00, *Palin Granit*, in *Racc.*, pag. I-3533; sentenza 11 settembre 2003, causa C-114/01, *AvestaPolarit*, disponibile sul sito internet [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int); ordinanza 15 gennaio 2004, in causa C – 235/02, *Saetti e Frediani*, disponibile sul sito internet [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia sia consentito il rinvio a A. BORZÌ, *La nozione di rifiuto tra applicazione comunitaria e (dis)applicazione interna*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3-4/2004, 759 e ss.

<sup>4</sup> Il termine "disapplicazione" viene utilizzato per semplicità, si è ben consapevoli della circostanza che più correttamente dovrebbe parlarsi di "non applicazione" secondo Corte cost., sent. n. 168 del 1991.

## 2. La (possibile) rilevanza nella vicenda in esame della natura di disposizione di interpretazione autentica dell'art. 14 del d. l. n. 138 del 2002

### 2.1. L'art. 14 come "vera" disposizione di interpretazione autentica

Prima di entrare nel vivo delle questioni affrontate dall'avvocato generale occorre dare qualche attenzione ad un aspetto del tutto trascurato dinanzi alla Corte di giustizia e che riguarda la natura di disposizione di interpretazione autentica dell'art. 14 del d. l. n. 138 del 2002.

Nell'ordinanza di rinvio, il G.U.P. di Terni aveva cercato di appuntare l'attenzione del giudice comunitario sulla prassi quantomeno "*discutibile a livello istituzionale*" che il legislatore di uno Stato membro effettuasse l'interpretazione autentica di una "*definizione contenuta in una direttiva U.E.*". In altri termini, poiché l'autore della norma che definisce il rifiuto deve essere individuato nel legislatore comunitario, solo "*la U.E., in tutte le sue articolazioni (prima fra tutte la Corte europea di giustizia)*" avrebbe potuto "interpretare autenticamente" tale norma<sup>5</sup>.

Ad ogni modo su questo punto la Corte di giustizia non si è pronunciata, molto probabilmente sia per il rilievo formale che ad essere interpretata fosse una disposizione di un atto nazionale, sia in considerazione del fatto che ciò che davvero interessava nel giudizio *ad quem* fosse la coerenza dell'art. 14 con la definizione comunitaria così come interpretata evolutivamente dalla stessa Corte.

Il giudice comunitario non ha attribuito alcun peso alla qualificazione dell'art. 14 come disposizione di interpretazione autentica che, com'è noto, si caratterizza per essere ontologicamente retroattiva, così da produrre i propri effetti sin dall'entrata in vigore della legge interpretata.

In questo senso, almeno secondo una parte della dottrina, l'emanazione di una disposizione di interpretazione autentica non determina un fenomeno di tipo successorio, di talché non si può operare alcuna distinzione tra comportamenti realizzati prima o dopo la legge interpretante, mentre ciò che conta è il *dies a quo* della legge interpretata<sup>6</sup>; il denunciato contrasto tra diritto interno e ordinamento comunitario è come se si fosse verificato già con l'art. 6 del d. lgs. n. 22 del 1997 per cui ciò che occorre valutare è se sia possibile disapplicare la nozione interna di rifiuto e applicare quella comunitaria rispetto a vicende che devono intendersi tutte verificatesi dopo l'emanazione dell'art. 14, il cui termine iniziale perde consistenza per identificarsi con quello della disposizione interpretata<sup>7</sup>.

Questa prospettiva consente di non porsi alcun problema in ordine al rispetto del principio di legalità delle pene e a quello di retroattività della norma penale favorevole, in quanto la fattispecie incriminatrice sarebbe sempre stata quella "dichiarata" dal

---

<sup>5</sup> Punto 5) dell'ordinanza di rinvio, consultabile sul sito internet [www.dirittoambiente.com](http://www.dirittoambiente.com).

<sup>6</sup> Si tratta della c.d. tesi "dichiarativa", che raccoglie consensi soprattutto in campo penalistico, sul punto A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, Giuffrè, 2003, 31-32. Per l'adesione alla tesi vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, CEDAM, 1992, 120; G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 55; *contra* A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2000, 123-124 nonché T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, Giuffrè, 2000, 29.

<sup>7</sup> Per la risposta all'interrogativo vedi *infra*, par. 4.

legislatore con la legge interpretativa che, in quanto tale, non darebbe luogo ad alcuna successione di leggi penali nel tempo.

Diversamente, le cose cambiano se una disposizione di interpretazione autentica viene assimilata ad una qualsiasi legge innovativo-retroattiva, idonea ad innescare un fenomeno successorio<sup>8</sup>. In questo caso occorre chiedersi se a fronte dell'incompatibilità con il diritto comunitario della disposizione di interpretazione autentica possono essere attivati rimedi per disinnescare la portata retroattiva. Il riferimento è, ancora una volta, all'istituto della disapplicazione, per mezzo del quale il giudice, riscontrata la violazione del diritto comunitario da parte della disposizione interpretativa (violazione insussistente avendo riguardo della sola disposizione interpretata) evita che questa possa dispiegare i propri effetti *ex tunc*, non applicandola ai fatti pregressi. Intesa in questo senso, l'incompatibilità con il diritto comunitario viene a costituire un limite all'interpretazione autentica legislativa, o, più precisamente, una barriera apposta contro i suoi effetti retroattivi, eretta con il muro della disapplicazione dell'atto non conforme. Peraltro, questa limitazione non è propria della disposizione di interpretazione autentica, ma di qualsiasi norma retroattiva che, innovando l'ordinamento interno, lo renda non più conforme a quello comunitario.

E' bene precisare che l'effetto retroattivo di cui si sta discutendo è quello che si produrrebbe in ragione della natura dell'art. 14, quale legge interpretativa, e non il risultato dell'applicazione del principio di retroattività favorevole; si tratta, come è ovvio, di due distinte ed autonome matrici della retroattività che possono manifestarsi separatamente (legge interpretativa non penale ovvero legge penale più favorevole ma non interpretativa) o che potrebbero coesistere, come nel caso in esame. L'utilizzo del condizionale trova la propria spiegazione nella circostanza che la modifica di norme extrapenali richiamate da una norma incriminatrice non sempre darebbe luogo ad un mutamento di legge penale ricadente sotto l'orbita dell'art. 2 c.p.; com'è noto, in dottrina e giurisprudenza si discute se, ed in che misura, si verifichi un'*abolitio criminis* nell'ipotesi di successione di leggi soltanto richiamate da elementi normativi della fattispecie<sup>9</sup>. Anche il profilo appena segnalato non è stato oggetto di alcuna indagine nel giudizio dinanzi alla Corte di giustizia, dove si è data per scontata l'applicabilità del

---

<sup>8</sup> C.d. tesi "decisoria" della legge interpretativa, sul punto vedi A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa*, cit., 135 e ss.

<sup>9</sup> Ad avviso del giudice di legittimità la disciplina dettata dall'art. 2 c.p. in materia di successione nel tempo delle leggi penali si applica alle norme che definiscono la struttura essenziale e circostanziata del reato, dovendosi a tal fine tener conto anche di quelle norme le quali, pur non ricomprese nel precetto penale, ne costituiscono, tuttavia, l'indispensabile presupposto o concorrono comunque a determinarne il contenuto, così Cass., sez. III, 2 giugno 1999, in *Riv. pen.*, 1999, 877; Cass., sez. III, 29 gennaio 1998, in *Riv. pen.*, 1998, 446; Cass., sez. V, 25 febbraio 1997, in *Foro it.*, 1998, II, 95 con nota di B. ROMANO. In dottrina le posizioni differiscono, e si articolano in tesi più restrittive, che escludono l'applicabilità dell'art. 2 (C.F. GROSSO, *Successione di norme integratrici della legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 1210; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 1995, 55; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2004, 61-62), in tesi mediane, che operano dei distinguo a seconda del permanere del disvalore penale del fatto (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 120) ovvero in regione della natura della norma richiamata (A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 130), sino a tesi "estensive" (S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, (voce) *Dig. disc. pen.*, 100; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale: parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1995, 82); che la questione non sia pacifica e che pertanto nell'ipotesi di giudizio di legittimità costituzionale spetti al giudice *a quo* accertare l'applicabilità dell'art. 2 c.p. vedi Corte cost., 19 novembre 1982, n. 195 (p. 2 del *considerato in diritto*), disponibile sul sito internet [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

principio di retroattività della norma penale favorevole. Peraltro, sulla vicenda rileva la natura di norme definitorie degli articoli 6 del d. lgs. n. 22 del 1997 e 14 del d. l. n. 138 del 2002, categoria che, ad avviso di buona parte della dottrina, darebbe luogo ad un vero e proprio fenomeno di integrazione della fattispecie incriminatrice, con ciò che ne consegue in tema di successione di leggi penali ed errore su norma extrapenale<sup>10</sup>.

## 2.2. L'art. 14 come disposizione pseudointerpretativa

La circostanza che nel giudizio comunitario non abbia avuto alcun rilievo la qualificazione dell'art. 14 come disposizione di interpretazione autentica può trovare un'ulteriore spiegazione nel riconoscimento della sua "falsa" natura di legge interpretativa.

E' noto che i limiti alla legislazione interpretativa individuati dalla Corte costituzionale non sono particolarmente penetranti e, fatto salvo il divieto di leggi penali retroattive, essi hanno rivelato una scarsa potenzialità applicativa<sup>11</sup>. In relazione all'art. 14, tuttavia, è possibile avanzare qualche dubbio sulla sua reale natura di legge interpretativa; è possibile, cioè porsi seriamente l'interrogativo se non si tratti, in verità, di un malcelato tentativo di "lucrare" l'effetto retroattivo, agendo sotto le mentite spoglie di una legge di interpretazione autentica. Ciò non tanto in considerazione dei profili di irragionevolezza della disposizione<sup>12</sup> o dell'utilizzo distorto dall'interpretazione legislativa, per incidere su vicende giudiziarie in corso<sup>13</sup>, ma avendo riguardo della struttura stessa dell'art. 14<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 62; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 56, 460 e 464.

<sup>11</sup> A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa*, cit., 307 e ss.; ID., *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, 64; A. GARDINO CARLI, *Corte costituzionale e leggi interpretative tra un controverso passato ed un imprevedibile futuro*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, Giappichelli, 2001; ID., *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997, 147 e ss.

<sup>12</sup> Che pure potrebbero essere sollevati soprattutto se si ricollega la ragionevolezza all'assegnazione alla disposizione interpretata di un significato già contenuto e riconoscibile nel novero delle esegesi plausibili, come una delle possibili letture del testo originario (da ultimo, Corte cost., sentt. n. 291 del 2003 e n. 374 del 2002). Sotto questo profilo, più di una perplessità suscita il secondo comma dell'art. 14.

<sup>13</sup> Un indizio circa l'intenzione del legislatore di voler sanare le vicende legate al deposito di rottami ferrosi può ricavarsi dalla circostanza che con il successivo art. 1, commi 25-29, della l. 15 dicembre 2004, n. 308, tali materiali sono stati espressamente esclusi dal novero dei rifiuti.

<sup>14</sup> Per una valutazione critica della prassi dei decreti legge di interpretazione autentica sotto il profilo della fonte utilizzata si vedano le osservazioni di A. PUGIOTTO, *Una radicata patologia: i decreti legge di interpretazione autentica*, relazione tenuta al Seminario "L'emergenza infinita", tenutosi il 21 maggio 2004 all'Università di Macerata i cui atti sono in corso di pubblicazione per i tipi de Il Mulino. Le perplessità sollevate dall'a. attengono in primo luogo all'assenza in un decreto legge di interpretazione autentica dei requisiti di necessità e di urgenza previsti dall'art. 77, comma 2, Cost. Ancora, ad avviso dell'a. l'incompatibilità tra decreto legge e interpretazione autentica, riposerebbe sulla circostanza che il primo, in ragione della sua "provvisorietà", sarebbe "strutturalmente inidoneo a conseguire anche una sola delle molteplici finalità della seconda". Infine, nel citato contributo viene dato ampio spazio alla giurisprudenza costituzionale che ha negato la totale equiparazione della legge e del decreto legge in ragione della precarietà di quest'ultimo nonché ai precedenti della Corte di cassazione che hanno negato efficacia interpretativa a decreti legge, condizionandone la natura esegetica alla eventuale conversione parlamentare.

Il riferimento va, in particolare, al secondo comma dell'art. 14 che si pone come "interpretazione dell'interpretazione", tanto da apparire come un'ipotesi di mera esclusione dal novero dei rifiuti al pari di quelle contenute nell'art. 8 del d. lgs. n. 22 del 1997, applicabile, pertanto, in via del tutto autonoma dalla definizione fornita dalla legge interpretata; sotto questo profilo, verrebbe meno quella che, almeno per una parte della dottrina e della giurisprudenza, è la struttura tipica della disposizione di interpretazione autentica che si sostanzia nella "inautonomia della legge interpretante rispetto a quella interpretata"<sup>15</sup>.

Se si nega il carattere di disposizione di interpretazione autentica dell'art. 14 viene meno la sua efficacia retroattiva implicita, di talché l'unica possibilità che residuerebbe alla norma di dispiegare effetti anche per il passato potrebbe derivare unicamente dall'applicabilità del principio di retroattività della norma penale favorevole nell'ambito di un fenomeno successorio di fattispecie incriminatrici; in questa prospettiva diventa ancora più importante sciogliere il nodo, segnalato *retro*, par. 2.1., circa la riconducibilità o meno della vicenda che ci occupa ad un'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo. Difatti, qualora la risposta fosse negativa si dovrebbe concludere nel senso che l'art. 14 può trovare applicazione solamente per i fatti successivi alla sua entrata in vigore.

L'avvocato generale, nelle proprie conclusioni, da un lato ha trascurato la qualifica dell'art. 14 quale legge interpretativa, dall'altro, come sarà messo in luce più avanti, ha considerato come certo il coinvolgimento del principio di retroattività favorevole. Tale impostazione ha come principale conseguenza quella di costringere l'interprete ad affrontare la questione della disapplicazione della norma non conforme - e più in generale quella degli strumenti azionabili per rimediare alla violazione del diritto comunitario - avendo cura di distinguere tra fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 14 e fatti successivi.

### 3. La sentenza Niselli e i fatti pregressi rispetto all'art. 14

#### 3.1. La decisione della Corte di giustizia

Quanto ai primi (procedimenti relativi a fatti commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 14, cit.), la sentenza della Corte di giustizia non contiene una pronuncia chiara in ordine all'atteggiamento che dovranno adottare le autorità nazionali a seguito della decisione.

La Corte, come è ovvio, si limita a statuire sulla ricevibilità della questione pregiudiziale e, sul punto, la giurisprudenza del giudice comunitario è nel senso di rifiutare un proprio intervento solo nel caso in cui la questione posta sia manifestamente non pertinente ai fini della soluzione della controversia *a qua*<sup>16</sup>. La Corte, tuttavia,

---

<sup>15</sup> A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa*, cit., 161.

<sup>16</sup> Di talché "se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in linea di principio, è tenuta a statuire (v. sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, Racc. pag. I-4921, punto 59)", Corte di Giustizia, ordinanza 15 gennaio 2004, causa C-235/02, *Saetti e Frediani*, pp. 28 - 29; Corte di giustizia, sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, Racc. pag. I-2099, p. 39; sent. *Niselli*, pp. 24-27; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Laterza, Roma - Bari, 1999, 63.

ritiene di dover rispondere all'osservazione formulata dalla Commissione per cui *“il giudice nazionale – nel caso in cui la Corte dichiarasse la non conformità rispetto alla detta direttiva dell'art. 14 del decreto legge n. 138/02, il quale escluderebbe la responsabilità penale dell'interessato – non potrà far riferimento alla direttiva 75/442 per affermare o aggravare la responsabilità penale del sig. Niselli”* (p. 28).

La Corte, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza, per cui: a) una direttiva non può certamente creare, di per sé, obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso e b) una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni, precisa che *“nella fattispecie è pacifico che, all'epoca dei fatti che hanno dato luogo al procedimento penale a carico del sig. Niselli, tali fatti potevano, se del caso, integrare gli estremi di infrazioni sanzionate penalmente. Ciò considerato, non vi è motivo di esaminare le conseguenze che potrebbero discendere dal principio della legalità delle pene per l'applicazione della direttiva 75/442”* (parr. 29 e 30).

In altri termini, il giudice comunitario, una volta ripercorsi i principi che attengono agli effetti delle norme comunitarie negli ordinamenti nazionali (e, pertanto, allo stesso assetto delle fonti comunitarie), guarda il caso concreto unicamente sotto la lente del rispetto del principio di legalità della sanzione penale: ciò che potrebbe essere contestato al sig. Niselli in assenza dell'art. 14 era contestabile già all'epoca dei fatti, sulla base dell'art. 6 del d. lgs. n. 22 del 1997; pertanto il principio di legalità non verrebbe vulnerato dall'applicazione della direttiva n. 75/442/CEE che si limiterebbe a ribadire quanto già era stabilito dall'ordinamento interno all'epoca dei fatti.

Occorre notare che la Corte di giustizia richiama la nota sentenza 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, *Tombesi*, in cui a venire in rilievo era non solo una direttiva comunitaria, ma anche un regolamento (il regolamento n. 259/93/CEE, relativo al trasporto di rifiuti all'interno della Comunità europea). Orbene, com'è noto i regolamenti comunitari, a differenza delle direttive, sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno (art. 249 Trattato Ce), con ciò intendendosi che, in linea generale, operano senza che occorra un atto interno di attuazione e che sono idonei a far sorgere in capo ai singoli situazioni giuridiche (*sia attive, sia passive*) nei rapporti con gli Stati membri, le istituzioni comunitarie e altre persone fisiche e giuridiche; diversamente dalle direttive, un regolamento può certamente creare, di per sé, obblighi a carico di un singolo.

Il giudice comunitario, nel valutare l'obiezione mossa dalla Commissione, sembra trascurare di considerare la differenza tra direttiva e regolamento che, come sarà precisato d'appresso, gioca un ruolo importante nella vicenda in esame.

### 3.2. *Le conclusioni dell'avvocato generale*

Più articolate sono le considerazioni svolte dall'avvocato generale, le cui conclusioni sono dedicate, per un'intera parte, agli *“effetti di una violazione della direttiva 75/442 ad opera di disposizioni nazionali, sul procedimento penale pendente in sede di causa principale”* (conclusioni, parr. 52-75).

L'avvocato generale così conclude: *“al pari del principio della legalità della pena, anche il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più mite non*

*contrasta assolutamente con l'applicazione diretta della direttiva 75/442 nella causa principale. La presa in considerazione della direttiva non porta inoltre all'istituzione di obblighi, ma produce effetti pregiudizievoli per l'imputato solo indirettamente. Ciò non esime tuttavia il giudice nazionale dall'obbligo, derivante dall'art. 249, terzo comma, CE e dall'art. 10 CE, di dare esecuzione alla direttiva 75/442. In conclusione, si deve pertanto dichiarare che il giudice del rinvio ha l'obbligo di fare osservare la direttiva 75/442, nel senso di disapplicare una legge penale più mite emanata successivamente al reato, se tale legge è incompatibile con la direttiva” (conclusioni, pp. 74-75).*

La questione è esaminata avendo riguardo a tre distinti profili:

- a) il rispetto del principio di legalità della pena;
- b) il rispetto del principio della retroattività della legge penale più favorevole al reo;
- c) il principio per cui la direttiva non può istituire direttamente obblighi nei confronti dei singoli.

### 3.2.1. *Disapplicazione e principio di legalità della pena*

Ad avviso dell'avvocato generale *“il principio di legalità della pena è irrilevante, dal momento che l'applicazione diretta della direttiva 75/442 nella causa principale non avrebbe l'effetto di determinare la responsabilità penale già di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione”.*

*“Disapplicando il decreto legge n. 138/02 emanato solo successivamente al reato - continua l'avvocato generale - la responsabilità penale si fonderebbe sul diritto nazionale vigente al momento del fatto, vale a dire sulla disposizione generale nuovamente applicabile, che attua la direttiva 75/442 (art. 6 del decreto legislativo n. 22/97). La direttiva porterebbe unicamente alla disapplicazione di una disposizione emanata successivamente al reato, che esclude la responsabilità penale” (conclusioni, p. 58).*

In altri termini, la disapplicazione avrebbe l'effetto di far rivivere la responsabilità penale del soggetto già esistente all'epoca dei fatti, ma venuta meno per una successiva modifica del diritto interno incompatibile con l'ordinamento comunitario.

Innanzitutto, nel modo in cui è rappresentato dall'avvocato generale, il fenomeno della disapplicazione sembra trascurare il ruolo della direttiva n. 75/442/CEE, mentre esso ha come proprio presupposto il contrasto tra una norma interna e una norma comunitaria. E' in ragione del tenore della norma comunitaria che non si applica più la norma interna incompatibile ed è in forza di quel contrasto che si ritiene possibile riespandere l'ambito del penalmente rilevante (sotto il profilo interno) sino ad identificarlo con l'illecito comunitario.

Risulta evidente il ragionamento sottinteso dall'avvocato generale: se uno Stato si è già conformato, in maniera piena, al diritto comunitario non può recedere dal proprio comportamento istituendo delle zone di “illiceità comunitaria”; tuttavia questo non è detto che si debba tradurre necessariamente nell'obbligo dello Stato membro di riespandere l'area della sanzione penale a tutto quanto è non conforme al diritto comunitario.

L'ordinamento comunitario può imporre di sanzionare un comportamento, ma può portare anche alla reintroduzione di una responsabilità di tipo penale eliminata dal legislatore nazionale?

La questione si ricollega al principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole e al modo in cui tale principio è regolato nel nostro ordinamento.

### 3.2.2. *Disapplicazione e principio di retroattività favorevole*

L'avvocato generale considera l'ipotesi che *“all'applicazione diretta della direttiva potrebbe tuttavia ostare il principio in base al quale si deve applicare la legge penale più mite quando questa sia entrata in vigore, dopo il compimento del reato, in sostituzione della legge penale in vigore al momento del fatto”* (conclusioni, p. 63). Tuttavia, dopo aver chiarito che tale principio trova riconoscimento anche nell'ordinamento comunitario, le conclusioni sono nel senso che *“l'applicazione con efficacia retroattiva del decreto legge n. 138/02, come «legge penale più mite», ai fatti commessi prima della sua adozione potrebbe tuttavia essere esclusa ove esso violi il disposto della direttiva 75/442”* (conclusioni, p. 68).

Ai sensi dell'art. 2, comma 2, c.p. *“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”*; il successivo comma 3 stabilisce che *“se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salva che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”*.

Il principio della retroattività favorevole, come è stato messo in luce da un'avvertita dottrina *“risiede nel superiore principio dell'uguaglianza di trattamento”*, ossia nell'esigenza di non differenziare il trattamento di chi ha commesso il fatto essendo esso previsto come reato, rispetto al soggetto che commette il medesimo fatto dopo l'entrata in vigore delle legge più favorevole<sup>17</sup>.

L'affermazione di tale esigenza di eguaglianza di trattamento riposa su una concezione oggettivistica del nostro diritto penale in cui ciò che rileva non è l'elemento della soggettiva disobbedienza al precetto, bensì quello, obiettivo, della mutata valutazione normativa in ordine al disvalore oggettivo del fatto<sup>18</sup>.

Derivare il principio della retroattività favorevole dal principio di uguaglianza non esclude, anzi implica, che vi possano essere situazioni in grado di giustificare delle deroghe al regime di cui all'art. 2, commi 2 e 3, c.p., costituzionalmente legittime, in quanto espressione di interessi obiettivamente ragionevoli<sup>19</sup>.

Orbene, ad avviso dell'avvocato generale il contrasto tra la mutata opinione del legislatore nazionale e le valutazioni del legislatore comunitario costituisce una ragione per non applicare, ossia per derogare, al principio della retroattività della legge penale

---

<sup>17</sup> F.C. PALAZZO, *Legge penale*, (voce) *Dig. disc. pen.*, 365; ID, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1999, 296.

<sup>18</sup> Non si tratta, solamente, di garantire la *“coerenza dell'ordinamento giuridico”*, come afferma l'avvocato generale (p. 69).

<sup>19</sup> Deve trattarsi di deroghe che non costituiscano un modo di recuperare l'impostazione soggettivistica del diritto penale e che rispondano ad obiettive ragioni capaci di giustificare ragionevolmente il differente regime. Sul punto, F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., 297.

più mite: “venendo al punto, si potrebbe affermare che una legge adottata successivamente non costituisce una legge più mite applicabile” (conclusioni, p. 71).

Detto altrimenti: la preminenza del diritto comunitario su quello interno rappresenta un interesse obiettivo idoneo a giustificare ragionevoli deroghe al principio di retroattività penale favorevole, in quanto la mutata volontà del legislatore nazionale, a differenza di quanto accade normalmente, non si sarebbe correttamente formata in ragione della violazione dell’ordinamento comunitario<sup>20</sup>.

L’assunto potrebbe essere condiviso, salvo per un aspetto che l’avvocato generale sembra trascurare. Occorre chiedersi se il principio di legalità in materia penale non esiga che deroghe ad un principio garantistico come quello della retroattività penale favorevole siano espressamente previste dalla legge, così come è sancito per le leggi eccezionali e temporanee dall’art. 2, comma 4, c.p.

Il giudice interno, nel silenzio della legge, di fronte ad una norma nazionale, la cui emanazione ha eliminato la qualificazione penale del fatto o ne ha comportato una più mite, di cui accerti la contrarietà al diritto comunitario, dovrebbe derogare all’art. 2, commi 2 o 3, c.p. ed applicare non già la norma penale successiva (incompatibile col diritto comunitario), bensì quella vigente all’epoca del fatto (e pienamente conforme alla legislazione sovranazionale); detto altrimenti, il giudice dovrebbe disapplicare l’art. 2, commi 2 e 3, c.p. per applicare il principio della preminenza del diritto comunitario su quello interno<sup>21</sup>.

Può il diritto comunitario arrivare a tanto?

Com’è noto, il riconoscimento degli effetti diretti di una direttiva comunitaria è stato concepito dal giudice comunitario come una sanzione nei confronti dello Stato per il suo inadempimento degli obblighi di cooperazione sanciti dal Trattato Ce e si risolve nell’attribuzione al giudice nazionale del potere di realizzare lo scopo della direttiva in funzione della tutela delle posizioni giuridiche individuali dei privati lesi dal comportamento dello Stato membro<sup>22</sup>. Infatti, lo Stato non può opporre il proprio

---

<sup>20</sup> “Non sembra esservi alcun motivo per cui un soggetto debba beneficiare retroattivamente di una valutazione mutata del legislatore nazionale che sia contraria alle prescrizioni di diritto comunitario che perdurino invariate” (conclusioni, p. 72). Meno condivisibile è l’affermazione per cui “se un comportamento rimane punibile sotto il profilo del diritto comunitario, non viene meno nemmeno la finalità repressiva di prevenzione generale e speciale”, in quanto il legislatore nazionale può ritenere permanente la punibilità del comportamento, ma decidere di attuarla con strumenti diversi dalla sanzione penale.

<sup>21</sup> Che la questione possa risolversi nella disapplicazione del principio di retroattività favorevole come regola di diritto interno è tesi adombrata dallo stesso avvocato generale nelle conclusioni presentate il 14 ottobre 2004 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Silvio Berlusconi e altri*. Sotto questo profilo, la vicenda della nozione di rifiuto e quella della nuova disciplina del c.d. falso in bilancio presentano indubbi punti di contatto. Osserva l’avvocato generale: “Non cambierebbe nulla inoltre se si dovesse considerare il principio dell’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole – contrariamente alla tesi qui sostenuta – non come un principio comunitario, ma solo come una questione di diritto nazionale. Infatti, il diritto comunitario pone limiti alle competenze degli Stati membri anche in sede di applicazione di disposizioni nazionali. Dal primato del diritto comunitario deriva che i giudici del rinvio, nei procedimenti penali pendenti, devono osservare il diritto comunitario, nonché in particolare i precetti e i giudizi di valore del legislatore comunitario che emergono dalle direttive sul diritto societario” (conclusioni *Berlusconi*, p. 166). All’atto di licenziare queste pagine la Corte di giustizia ha deciso la causa *Berlusconi* con sentenza 3 maggio 2005, consultabile sulla rivista on-line *Federalismi.it*.

<sup>22</sup> G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2003, 171 e 172; G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in M.P. CHITI – G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Milano Giuffrè, 32.

comportamento negligente, per non avere attuato o aver mal recepito una direttiva, ad un privato che invochi un diritto che gli deriva dall'ordinamento comunitario<sup>23</sup>.

Il principio di preminenza del diritto comunitario, da cui deriva la dottrina dell'effetto diretto, nasce per attribuire ai singoli un più ampio riconoscimento dei diritti in ambito comunitario anche in presenza di un atteggiamento inerte (in caso di mancata trasposizione) o comunque non conforme al diritto comunitario (in caso di errata trasposizione) dello Stato nazionale.

Rispetto alle finalità di ampliamento della sfera giuridica dei singoli, perseguite attraverso il principio di preminenza del diritto comunitario, l'effetto di riesperire la responsabilità penale del singolo, in deroga al principio di retroattività favorevole, e senza alcuna previsione legislativa in tal senso, si presenta, quantomeno, eterodosso<sup>24</sup>.

L'effetto che deriverebbe dalla scelta del giudice di disapplicare l'art. 2, comma 2, c.p., per applicare ai fatti pregressi alla nuova disciplina la normativa vigente al momento in cui sono stati commessi, non è molto diverso da quello che si avrebbe nel caso di legge successivamente dichiarata incostituzionale. Ed è nel senso di una questione di costituzionalità che, forse, occorre orientarsi per eliminare il conflitto tra norma interna e norma comunitaria nella vicenda relativa alla nozione di rifiuto.

Prima di toccare quest'ultimo punto, occorre affrontare l'aspetto relativo al limite dell'efficacia di una direttiva nel nostro ordinamento.

### 3.2.3. *Disapplicazione e impossibilità per una direttiva di creare obblighi nei confronti dei singoli*

Secondo l'avvocato generale il contrasto tra art. 14, cit. e direttiva comunitaria – e più in generale il primato del diritto comunitario – legittimerebbe il giudice interno a derogare al principio della retroattività favorevole. In altri termini, in ragione dell'immutato tenore della norma comunitaria il giudice applicherebbe all'imputato una sanzione da cui, diversamente, il soggetto andrebbe esente sulla base dell'art. 2, comma 2, c.p. Un cittadino dovrebbe sopportare le conseguenze negative di una violazione

---

<sup>23</sup> Vedi, *infra*, nota 25.

<sup>24</sup> Per alcuni spunti sul rapporto tra diritto penale e diritto comunitario, G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nell'attribuzione dei poteri?*, Milano, Giuffrè, 2003, 60 e ss.; più di recente, sempre in relazione al caso del falso in bilancio, A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2/2004, 367 e ss. e *ivi* per bibliografia. Più in generale E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, 61-77; F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., 238-254; A. BERNARDI, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 333; ID., *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 995; ID., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Ambiente*, 1998, 758 e 837; G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Dir. unione europea*, 2000, 349; M. PARODI GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1999, 105; S. RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia («influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 trattato Ce, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997, 1135; C. BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1996, 451; K. TIEDMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1993, 209; F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario* (voce), *Dig. disc. pen.*, 89; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 1984; da ultimo N. MAZZACUVA, *A proposito di 'interpretazione creativa' tra diritto penale, principi costituzionali e direttive comunitarie*, 2004, disponibile su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

dell'ordinamento comunitario perpetrata dal legislatore italiano e, in particolare, non veder applicata nei suoi confronti la norma penale posteriore più favorevole.

Tale conseguenza è ammissibile dal punto di vista del diritto comunitario?

Com'è noto – e come la stessa sentenza *Niselli* ricorda – “una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti”<sup>25</sup> poiché in caso contrario si finirebbe per riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico dei singoli anche attraverso direttive, mentre “tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti”<sup>26</sup>.

Corollario di questo principio è che una direttiva non può avere l'effetto, di per sé, indipendentemente cioè da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni<sup>27</sup>. Ad avviso di chi scrive tale affermazione deve essere letta nel senso che, in base al sistema delle fonti comunitarie, una direttiva senza le braccia fornite da una legge interna conforme non può trascinare un privato dinanzi al giudice penale: tale capacità non le è riconosciuta sia prima dell'adeguamento, sia successivamente, quando lo Stato membro provveda a modificare la disposizione di recepimento. Tale modifica, infatti, ha l'effetto di amputare la direttiva delle sue articolazioni nell'ordinamento sanzionatorio nazionale e la circostanza che l'ordinamento statale prima fosse conforme al diritto comunitario e poi sia stato cambiato in senso contrario alle previsioni sovranazionali non consente di attribuire alla direttiva una qualità di cui difetta: imporre di per sé obblighi e aggravare la responsabilità penale<sup>28</sup>.

Si potrebbe sostenere che nel caso sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia (relativo a fatti pregressi), gli obblighi per il privato non derivino dalla direttiva, bensì dalla disciplina interna conforme alla direttiva e, successivamente, modificata<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Corte di giustizia, sent. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, p. I-3325, *Faccini* p. 20, ma vedi anche Corte di giustizia sentenza 14 settembre 2000, causa C-343/98, *Collino e Chiappero*, in *Racc.* p. I-6659, p. 20, nonché ord. *Saetti e Frediani*, cit., p. 25. La Corte di giustizia aveva già affermato che “lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa” (sentenza, 5 aprile 1979, causa C-148/78, *Ratti*, in *Racc.* pag. 1629, p. 22), con la conseguenza “che una direttiva produce effetti diretti soltanto in relazione agli Stati membri inadempienti” e che “non si possono ricavare effetti diretti che comportano situazioni soggettive passive per persone fisiche e giuridiche, poiché esse non sono mai destinatarie di un obbligo”, così G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit., 111.

<sup>26</sup> Sent. *Faccini Dori*, cit., p. 24.

<sup>27</sup> Corte di giustizia, sentenze 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Njimegen*, in *Racc.* pag. I-3969, p. 13, e 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*, in *Racc.* pag. I-4705, p. 37, ma vedi anche ord. 19 settembre 2001 C-18/00, *Procedura penale contro Maurizio Perino*, dispositivo nonché ord. *Saetti e Frediani*, cit., p. 25 entrambe disponibili sul sito [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). Da ultimo si veda la sentenza della Corte di giustizia 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, disponibile sul medesimo sito internet.

<sup>28</sup> In questo senso pare di poter leggere Corte di giustizia, sent. *Berlusconi*, cit., spec. p. 77.

<sup>29</sup> In questi termini il ragionamento dell'avvocato generale, per cui “la direttiva 75/442 non determina, nella situazione in oggetto, alcun obbligo per i singoli soggetti. La questione di quali obblighi spettino ad un soggetto deve essere decisa in base alla situazione normativa esistente al momento dei fatti rilevanti, dato che gli obblighi possono essere imposti solo con riferimento ad un comportamento futuro. Gli obblighi non possono essere istituiti retroattivamente. Al momento dell'effettuazione del trasporto di

Tuttavia, deve essere notato che è in forza della vigenza della direttiva che il cittadino dovrebbe essere punito per il mancato rispetto degli obblighi che gli derivavano dalla normativa interna. Sicuramente è per effetto della direttiva che la sanzione penale - che normalmente non attingerebbe più chi ha commesso un fatto depenalizzato – continuerebbe ad applicarsi<sup>30</sup>.

E' difficile relegare tale capacità riespansiva dell'area penale di una direttiva all'angusta definizione di "effetti pregiudizievoli indiretti" richiamata dall'avvocato generale (conclusioni, p. 74).

Con tale espressione potrebbero essere qualificati, al più, gli effetti negativi subiti da un privato per la scorretta attuazione, da parte dello Stato membro, di una norma comunitaria che, contestualmente, ampli la sfera giuridica di un altro privato, come accade nel precedente della Corte di giustizia citato dallo stesso avvocato generale: sentenza 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Delena Wells*.

Nel caso *Wells*, una cittadina inglese agiva dinanzi al giudice per chiedere che all'Amministrazione fosse imposto di rimediare alla mancata valutazione di impatto ambientale nella procedura per il rinnovo di una concessione mineraria di una cava coltivata in prossimità della propria abitazione.

Al Regno Unito che prospettava nella fattispecie un'ipotesi di effetto diretto discendente di una direttiva – "*in cui uno Stato membro interessato sarebbe direttamente obbligato, su richiesta di un singolo...a privare un altro singolo, ossia i proprietari della cava..., dei suoi diritti*"<sup>31</sup> – la Corte di giustizia ha eccepito che, ferma l'impossibilità di una direttiva di creare obblighi a carico dei singoli, "*mere ripercussioni negative su diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato*" (sentenza *Wells*, p. 57)<sup>32</sup>.

E' evidente la differenza tra il caso *Wells* e quello sottoposto all'attenzione della Corte nella vicenda *Niselli*: la signora Wells è una persona fisica che invoca una propria posizione giuridica attiva che lo Stato ha trascurato in violazione di una norma comunitaria; sotto questo profilo è l'Amministrazione che non ha adempiuto il proprio obbligo di sottoporre a VIA il rinnovo della concessione mineraria, con ciò pregiudicando gli interessi della ricorrente. L'applicazione della norma comunitaria da parte dell'Amministrazione inglese, se determina un onere per i proprietari della cava, si traduce nella riespansione della sfera giuridica della signora Wells nella misura riconosciuta dal diritto comunitario.

---

*rottami oggetto del ricorso, le disposizioni da osservare e le definizioni da tenere in considerazione erano tuttavia contenute compiutamente nel decreto n. 22/97, senza che si rendesse necessario un ricorso diretto alla direttiva*" (conclusioni, p. 62). Nello stesso senso, con riferimento al caso del falso in bilancio, R. MASTROIANNI, *Sanzioni nazionali per violazione del diritto comunitario: il caso del «falso in bilancio»*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3-4/2003, 676.

<sup>30</sup> In questo senso depone Corte di giustizia, sent. *Berlusconi*, cit., p. 75.

<sup>31</sup> L'espressione utilizzata è "*inverse direct effect*", sentenza *Wells*, cit., p. 55.

<sup>32</sup> Si ricordi che sin dalla sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, la Corte ha ammesso che l'invocazione di una direttiva da parte di un singolo nei confronti dell'Amministrazione di uno Stato membro potesse comportare effetti pregiudizievoli nei confronti di un altro privato. In quel caso veniva riconosciuto il diritto di un partecipante ad una gara di appalto di lavori pubblici di invocare le disposizioni di una direttiva nell'ambito di un ricorso contro la delibera del Comune di Milano che aggiudicava ad un altro concorrente.

Nel caso *Niselli* un organo dello Stato interviene a reprimere il comportamento di un privato per la violazione di una norma interna conforme ad una direttiva, ma successivamente entra in vigore una nuova disposizione statale (contraria alla direttiva) che, tuttavia, è idonea, attraverso l'applicazione del principio di retroattività favorevole, a sollevare l'imputato dalla responsabilità penale. In questo caso, l'applicazione della norma comunitaria da parte del giudice italiano (con la disapplicazione della norma interna incompatibile nonché dell'art. 2, comma 2, c.p.), si traduce nella riespansione dell'ambito della responsabilità penale del signor Niselli, soggetto del tutto estraneo rispetto alla produzione giuridica statale e alle scelte del legislatore di conformarsi o meno al diritto comunitario e di optare per la sanzione penale<sup>33</sup>.

E' pur vero che il signor Niselli quando ha agito si è posto contro l'ordinamento, ma alla luce del principio di retroattività favorevole ciò che conta è il dato obiettivo della mutata valutazione del legislatore, la cui erroneità (*sub specie* di illegittimità comunitaria) non potrebbe andare a detrimento dell'imputato, soprattutto quando manca una norma espressa che riconosce nella violazione del diritto comunitario un'ipotesi di ragionevole e giustificata deroga al principio richiamato.

### 3.3. *La strada del giudizio costituzionale sull'art. 14*

La disapplicazione dell'art. 14 del d. l. n. 138 del 2002 con la contestuale riespansione dell'illiceità penale per i fatti pregressi presenta, pertanto, indubbi profili problematici<sup>34</sup>.

Quale il seguito della sentenza *Niselli* nel giudizio *a quo*?

Innanzitutto, occorre sgombrare il campo dall'ipotesi che l'art. 14, cit. possa essere disapplicato per effetto diretto della statuizione della Corte.

Quanto vale per le direttive cosiddette *self-executing* può essere argomentato anche per le sentenze interpretative del giudice comunitario. Più precisamente, le statuizioni della Corte di giustizia possono produrre effetti diretti unicamente nei rapporti tra cittadino e Stato (effetti diretti c.d. verticali) e unicamente in senso ascendente, ossia nell'ipotesi in cui dalla corretta attuazione del diritto comunitario derivi per il cittadino una posizione giuridica vantaggiosa e non quando il ripristino della legalità comunitaria comporti per il cittadino dello Stato membro un effetto penale sfavorevole.

In secondo luogo, la stessa Corte di giustizia non si pronuncia espressamente sulla disapplicazione dell'art. 14, ma si limita a statuire sulla ricevibilità dal ricorso, lasciando al giudice *a quo* il compito di utilizzare, nei modi concessi dall'ordinamento, le statuizioni interpretative sulla nozione comunitaria di rifiuto<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Su questi aspetti, A. BORZI, *La nozione di rifiuto*, cit., 792.

<sup>34</sup> Come rilevato di recente dallo stesso Tribunale di Terni con ordinanza 2 febbraio 2005, con cui è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 25-29, della l. 15 dicembre, n. 308 del 2004, per violazione degli articoli 11 e 117, Cost., relativa all'esclusione dei rottami ferrosi dal novero dei rifiuti. L'ordinanza è disponibile sul sito internet [www.retemanbiente.it](http://www.retemanbiente.it).

<sup>35</sup> La Corte si limita al richiamo alla mancata violazione del principio di legalità. Ciò potrebbe essere letto come un "suggerimento" alla disapplicazione, anche se velato, rispetto alla posizione netta dell'avvocato generale. D'altro canto, lo stesso organo remittente italiano ha ommesso di chiedere se nel procedimento *a quo* sarebbe stata ammissibile la disapplicazione dell'art. 14, nell'ipotesi di risposta negativa ad entrambi i quesiti pregiudiziali.

Al giudice è sicuramente aperta la strada dell'interpretazione conforme al diritto comunitario dell'art. 14 cit., secondo la nota giurisprudenza comunitaria, inaugurata con la sentenza *Marleasing*<sup>36</sup>, anche se ciò comporta un'evidente restrizione della portata applicativa della disposizione interna.

Peraltro, i problemi sollevati in queste pagine potrebbero riproporsi ove l'interpretazione conforme si traducesse in una surrettizia disapplicazione; d'altro canto, tale connotato di ambiguità accompagna l'istituto sin dalle sue origini<sup>37</sup>.

Resta, infine, la possibilità per il giudice nazionale di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 del d. l. n. 138 del 2002 per violazione degli articoli 11 e 117, comma 1, della Costituzione<sup>38</sup>.

L'ipotesi pone tre ordini di problemi<sup>39</sup>:

- a) la rilevanza della questione *sub specie* di applicabilità dell'art. 14 nel giudizio principale anche in caso di declaratoria di incostituzionalità;
- b) la rilevanza della questione *sub specie* di riconoscimento per il giudice *a quo* del potere di disapplicare l'art. 14, cit. senza la necessità di adire la Consulta;
- c) l'inammissibilità della questione per effetto dell'art. 25, comma 2, Cost.

### 3.3.1. *La rilevanza della questione sub specie di applicabilità dell'art. 14 nel giudizio principale anche in caso di declaratoria di incostituzionalità*

Nel giudizio *a quo* è difficile dubitare della rilevanza della questione, non solamente per il dato evidente della necessaria applicabilità dell'art. 14, cit. alla causa sottoposta al vaglio del giudice remittente, ma anche per gli effetti che una sentenza della Corte avrebbe rispetto alle sorti dell'imputato.

Occorre rammentare che i fatti di causa non si sono svolti sotto la vigenza della norma penale di favore, ma quando l'ordinamento considerava illecite le condotte contestate.

Secondo un'autorevole dottrina penalistica, per tali fatti, c.d. fatti pregressi, nell'ipotesi di declaratoria di incostituzionalità della (successiva, rispetto all'epoca della

---

<sup>36</sup> Corte di giustizia, sentenza 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*, *Racc.*, pag. I-4135, p. 13 e da ultimo, sent. 26 settembre 2000, causa C-262/97, *Engelbrecht* e sent. 7 gennaio 2004, causa C-60/02, *Rolex* disponibili sul sito internet [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int).

<sup>37</sup> Sul punto, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit., 2004, 117, in particolare l'autore sottolinea come “*appare tuttavia alquanto sottile la distinzione fra gli obblighi, che non dovrebbero sorgere, e le altre conseguenze negative che le persone fisiche e giuridiche potrebbero invece subire in ragione della interpretazione di una legge nazionale in conformità di una direttiva*”.

<sup>38</sup> Sui rapporti tra proposizione di una questione di costituzionalità e sentenze interpretative della Corte di giustizia vedi, da ultimo, S. MARZUCCHI, «*Residui*» di incostituzionalità nel rapporto tra norme comunitarie e norme nazionali, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2/2004, 663 e ss. Nell'atto di licenziare queste pagine si è appreso che il Tribunale di Venezia – sezione del riesame, con ordinanza 14 marzo 2005, n. 248, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, per violazione degli articoli 11 e 117, comma 1, Cost. L'ordinanza è disponibile sul sito internet [www.dirittoambiente.com](http://www.dirittoambiente.com).

<sup>39</sup> Si è consapevoli che la questione sub c) presenta carattere pregiudiziale rispetto alle prime due, tuttavia visto l'argomento delle presenti riflessioni si è preferito l'ordine indicato nel testo.

commissione del fatto) norma penale più favorevole, deve trovare applicazione la legge vigente al momento della loro commissione<sup>40</sup>.

Com'è noto, la Corte costituzionale è intervenuta sul punto con la sentenza n. 51 del 1985 in cui ha affrontato il problema della successione delle leggi penali nel tempo con riferimento al decreto legge non convertito o convertito con emendamenti.

Il giudice delle leggi in quell'occasione ha affermato, innanzitutto, che nel caso di mancata conversione di un decreto legge non ha luogo un fenomeno normativo di tipo "successorio", bensì una vicenda "*del tipo di alternatività sincronica fra situazioni normative*".

In secondo luogo, la Corte ha precisato che non può escludersi che rispetto ad una vicenda del tipo considerato trovi applicazione il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, tuttavia "*il principio di cui si tratta...troverebbe applicazione in tal caso soltanto relativamente ai fatti commessi nel vigore - anche se poi caducato - della "norma penale favorevole" contenuta in un "decreto-legge non convertito" (cioè nell'orbita della vicenda di alternatività), fatti rispetto ai quali soltanto sorge, ai fini dell'applicabilità del principio stesso, il problema dell'operatività del risultato normativo in discorso, e rispetto ai quali soltanto tale risultato potrebbe equipararsi a una "norma penale sfavorevole"; non anche relativamente ai "fatti pregressi", in relazione ai quali soltanto è posta invece la presente questione di legittimità*".

La soluzione prospettata dalla Corte in caso di mancata conversione del decreto legge è ritenuta applicabile per analogia anche all'ipotesi di declaratoria di incostituzionalità della norma penale di favore<sup>41</sup>.

Infatti, secondo la tesi dominante, anche le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale producono effetti *ex tunc*, al pari della mancata conversione di un decreto legge<sup>42</sup>.

Peraltro, lo stesso giudice delle leggi, nell'esemplificare le ipotesi di alternatività sincronica tra vicende normative, ha ricordato oltre la mancata conversione di un decreto legge, anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge.

Sulla base di quanto sopra prospettato, un'eventuale sentenza di accoglimento della questione di costituzionalità sollevata avrebbe l'effetto di rendere applicabile ai fatti di causa (antecedenti rispetto all'entrata in vigore dell'art. 14) la disciplina vigente al momento in cui il fatto è stato commesso (anche se meno favorevole).

### 3.3.2. *La rilevanza della questione sub specie di riconoscimento per il giudice a quo del potere di disapplicare l'art. 14, cit. senza la necessità di adire la Corte costituzionale*

Ad ogni modo, la Corte costituzionale potrebbe ritenere inammissibile la questione sollevata in ragione della possibilità del giudice *a quo* di definire la causa

---

<sup>40</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 126-127.

<sup>41</sup> F. MANTOVANI, *loc. cit.*; P. SEVERINO, *Successione di leggi penali nel tempo*, (voce) *Enc. Giur. Treccani*, 8.

<sup>42</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, CEDAM, 1984, 384-385; G. ZAGREBELSKY, *La giurisdizione costituzionale*, in G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1986, 679.

disapplicando la norma interna incompatibile con l'ordinamento comunitario a favore della norma comunitaria.

Com'è noto, il giudice delle leggi, con la sent. n. 170 del 1984, ha escluso che dinanzi ad un'ipotesi di contrasto tra norma interna e norma comunitaria *direttamente applicabile* possa essere sollevata una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost., essendo compito del giudice *a quo* procedere alla "non applicazione" della norma interna e all'applicazione della norma comunitaria.

Tuttavia, nella vicenda in esame per i motivi esposti in precedenza, una disapplicazione dell'art. 14 da parte del giudice di merito potrebbe non essere ammissibile e ciò lascerebbe all'organo giudicante la possibilità di introdurre un giudizio di costituzionalità.

Detto altrimenti, la norma comunitaria non avrebbe la capacità, sotto il profilo dell'ordinamento di provenienza, di essere disapplicata così che il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario andrebbe risolto mediante l'annullamento della norma interna ad opera della Corte costituzionale.

La questione merita di essere approfondita, soprattutto per sottoporre, attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale, ad una prova di resistenza l'assunto – da cui deriva la conclusione della non disapplicabilità – per cui l'applicazione di una direttiva comunitaria non potrebbe portare alla riespansione della responsabilità penale di un soggetto in deroga al principio della retroattività penale favorevole, in assenza di un'espressa previsione in tal senso.

Ad avviso della Corte costituzionale (sent. n. 170/84), l'effetto connesso alla vigenza della norma comunitaria direttamente applicabile (nella sentenza si trattava di un regolamento) è quello "*non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia dinanzi al giudice nazionale*". Nella successiva sentenza n. 389 del 1989, la Corte ha chiarito che "*l'eventuale conflitto fra diritto comunitario direttamente applicabile e quello interno...non dà luogo a ipotesi di abrogazione o di deroga, né a forme di caducazione o di annullamento per invalidità della norma interna incompatibile, ma produce un effetto di disapplicazione di quest'ultima, seppur nei limiti di tempo e nell'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi*".

A seguire tale impostazione, per cui nell'ambito dei rapporti tra i due ordinamenti, a quello comunitario è riconosciuta una riserva di campo rispetto a quello nazionale, si potrebbe sostenere che il giudice di merito, constatata l'incompatibilità tra l'art. 14, cit. e la direttiva comunitaria debba eliminare dal novero delle norme applicabili alla fattispecie al suo esame il primo, con ciò superando in radice il problema della successione di due norme nel tempo.

In altri termini, l'art. 14, in quanto non conforme al diritto comunitario dovrebbe ritenersi mai sorto, mai succeduto all'art. 6 del d. lgs. n. 22 del 1997 e, in questi termini, non applicabile all'imputato<sup>43</sup>. La norma successiva più favorevole scomparirebbe alla vista del giudice in ragione del vizio che affligge la nuova valutazione giuridica del

---

<sup>43</sup> Si rammenta che la prospettiva adottata è quella che trascura la natura di disposizione di interpretazione autentica dell'art. 14, vedi, *retro*, par. 2.2.

legislatore e dietro tornerebbe a mostrarsi l'unica norma rimasta visibile: l'art. 6 del decreto Ronchi "depurato" dalla sua interpretazione autentica<sup>44</sup>.

Rispetto a questo scenario è difficile concludere che dinanzi ad una norma non valutabile dal giudice come idonea a succedere ad un'altra si sia in presenza di un mero fenomeno di non applicazione e non già di invalidità, per cui la nuova disposizione *tamquam non esset*, con effetto retroattivo.

In realtà, come già si è avuto modo di accennare, la non applicazione non si limita all'art. 14, ma coinvolge anche il principio di retroattività favorevole a vantaggio del principio di preminenza del diritto comunitario.

Se si ritiene che il diritto comunitario si possa estendere, per usare le parole della Corte costituzionale, in tale "ambito materiale" nulla osterà al giudice di applicare ai fatti pregressi la norma vigente al momento della loro consumazione, diversamente dovrà lasciarsi al giudice delle leggi il compito di correggere l'errore commesso dal legislatore.

Il problema, dunque, attiene alla forza che si riconosce all'ordinamento comunitario, alla capacità che si vuole attribuire all'integrazione comunitaria di incidere sui diritti *e sugli obblighi* non solo degli Stati, ma anche dei cittadini.

E che sia una questione di diritto comunitario la Corte l'ha sempre detto: *"l'ordinamento italiano - in virtù del particolare rapporto con l'ordinamento della CEE, e della sottostante limitazione della sovranità statale - consente, appunto, che nel territorio nazionale il regolamento comunitario spieghi effetto in quanto tale e perché tale. A detto atto normativo sono attribuiti "forza e valore di legge", solo e propriamente nel senso che ad esso si riconosce l'efficacia di cui è provvisto nell'ordinamento di origine"* (sent. n. 170 del 1984).

Se, sulla scorta delle regole dell'ordinamento comunitario, il principio della preminenza del diritto comunitario è tale da rendere ammissibile che l'applicazione di una direttiva permetta di riaffermare la responsabilità penale di un singolo, da cui egli sarebbe andato esente secondo le regole nazionali<sup>45</sup>; se l'ordinamento comunitario consente a che una violazione di una propria norma, contenuta in una direttiva, costituisca ragionevole deroga al principio nazionale di retroattività favorevole; ebbene, i medesimi effetti potranno essere riconosciuti nel nostro ordinamento e manifestarsi mediante il fenomeno della disapplicazione.

Diversamente, ciò che non è consentito alla direttiva comunitaria secondo il suo ordinamento, difficilmente può esserle riconosciuto autonomamente dall'ordinamento nazionale<sup>46</sup>.

In sintesi, il dubbio sulla possibilità della disapplicazione dell'art. 14, cit. da parte del giudice sta nell'inidoneità di una direttiva di produrre un effetto (diretto) dall'alto verso il basso, coincidente con la riespansione della responsabilità penale di un singolo, mediante deroga al principio di retroattività favorevole.

La Corte di giustizia non ha riconosciuto espressamente tale effetto, nonostante le sollecitazioni dell'avvocato generale, ma qualora lo facesse sarebbe difficile sostenere l'impossibilità di disapplicazione della norma interna incompatibile.

---

<sup>44</sup> In termini analoghi, ossia come di una nuova disciplina mai nata, piuttosto che di una vecchia "resuscitata", parla l'avvocato generale nelle conclusioni in causa *Berlusconi*, p. 146.

<sup>45</sup> In questo senso è difficile sostenere che dalla direttiva non derivino obblighi per il singolo.

<sup>46</sup> Ciò secondo l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che potrebbe sempre decidere di anticipare e non inseguire la Corte di giustizia.

Non si avrebbe disapplicazione, ma dovrebbero ugualmente aprirsi le porte di un giudizio costituzionale, qualora il giudice ritenesse di non poter disapplicare, non già per “ragioni di diritto comunitario”, ma per il dubbio che quanto stabilito dalla Corte di giustizia vada a limitare i principi fondamentali del nostro ordinamento e, segnatamente, il principio di retroattività della norma penale favorevole<sup>47</sup>.

Ammettere la disapplicabilità dell’art. 14, cit. a vantaggio della direttiva n. 75/442/CEE coincide con l’affermare che il principio di preminenza del diritto comunitario prevale su quello di retroattività favorevole.

Com’è noto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 183 del 1973 ha enunciato la c.d. teoria dei controlimiti per cui le limitazioni alla sovranità statale, previste dall’art. 11, Cost. “*non possono comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti della persona umana*”.

Tale teoria, nel caso in esame, non sembra venire in rilievo o, più correttamente, l’eccezione al principio di retroattività favorevole come effetto derivante dalla partecipazione comunitaria (una volta che tale effetto è ammesso nell’ordinamento di origine) non sembra configurare una lesione di un principio fondamentale del nostro ordinamento.

Si è già detto che l’attuale disciplina contempla delle espresse eccezioni al principio di retroattività favorevole il quale, trovando il proprio fondamento nel principio di uguaglianza, ammette che vi siano ragionevoli giustificazioni per cui esso non trovi applicazione; la violazione di una norma comunitaria potrebbe costituire, sotto questo profilo, una ragionevole deroga di carattere obiettivo al principio di retroattività favorevole. Inoltre, la stessa Corte costituzionale ha sempre affermato che il principio di retroattività della legge penale più favorevole, a differenza di quello di irretroattività della norma penale incriminatrice, non ha acquisito valenza costituzionale (sent. n. 80 del 1995)<sup>48</sup>.

Diversamente, la preminenza del diritto comunitario sul diritto interno, soprattutto dopo la riforma dell’art. 117, Cost., trova sicuro albergo in Costituzione; in tal modo, non si porrebbe un problema di controlimiti alle limitazioni di sovranità stabilite dalla nostra Carta costituzionale<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> In questo caso il giudizio di costituzionalità avrebbe ad oggetto la legge di ratifica del Trattato Ce per la parte in cui consente, secondo l’interpretazione della Corte di giustizia, il fenomeno disapplicativo di cui si discute.

<sup>48</sup> Diversamente, il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice è definito “*fondamentale principio di civiltà giuridica*” o “*superiore principio di civiltà*” dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 148 del 1983 e n. 51 del 1985. Su questi aspetti, F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., 295.

<sup>49</sup> A conclusioni diverse deve giungersi laddove si ritenga che il principio di retroattività favorevole abbia acquisito il rango di principio supremo dell’ordinamento, in questo senso L. MEZZETTI, *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell’ordinamento costituzionale...)*, disponibile sul sito internet [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Secondo l’autore “il principio della applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, corollario del principio della riserva di legge in materia penale proclamato dall’art. 25, c. 2 Cost. (principio oggi contemplato anche dalla Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell’Unione europea – art. 49 - e confluito nell’art. II-109 del Trattato costituzionale europeo firmato a Roma il 29 ottobre 2004), deve ritenersi penetrato all’interno dell’ordinamento costituzionale italiano, al di là e oltre la sua esplicita previsione da parte dell’art. 2, comma 3 c.p. e qualora non se ne ritenesse sufficiente la enunciazione ad opera di una norma di legge ordinaria (secondo quanto ritenuto dall’avvocato generale Kokott), attraverso l’art. 7 della *Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del 1950*, resa esecutiva in

In conclusione, occorre ribadire che la questione della disapplicabilità dell'art. 14, cit. nei giudizi relativi a fatti pregressi è innanzitutto questione di diritto comunitario, che attiene agli effetti che si intendono riconoscere ad una direttiva, nel senso, cioè, della capacità o meno di comportare la riespansione della responsabilità penale di un individuo, mediante una deroga al principio di retroattività favorevole, a fronte di una violazione del diritto comunitario *perpetrata dallo Stato*.

Altra e diversa prospettiva, a cui si può solo accennare, è quella di guardare al fenomeno disapplicativo dall'angolazione del diritto interno. Ci si potrebbe chiedere, da questo punto di vista, se una disapplicazione *in malam partem* sia ammissibile per i giudici italiani in forza del principio di riserva di legge ovvero non configuri, al contrario, un'indebita intromissione nelle scelte di politica criminale del legislatore<sup>50</sup>. La questione è complessa e sul punto rilevano soprattutto i margini di intervento interpretativo che la nozione di rifiuto lascia ai giudici nazionali<sup>51</sup>.

### 3.3.3. *L'inammissibilità della questione per effetto dell'art. 25, comma 2, Cost.*

Un'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 14 avrebbe senz'altro l'effetto di riespandere la sfera della responsabilità penale in materia di gestione di rifiuti poiché comportamenti che, in forza della disposizione di interpretazione autentica, sono sottratti alla sanzione penale, finirebbero per (ri)confluire nella sua sfera d'azione a seguito dell'eliminazione dal mondo giuridico della contestata previsione del 2002.

Occorre chiedersi se tale effetto sia precluso ad un pronuncia del giudice costituzionale per effetto del principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 della Costituzione<sup>52</sup>.

La Corte costituzionale ha di recente chiarito che "*l'ampliamento...dell'ambito applicativo delle norme incriminative*" costituisce "*un effetto che non può in linea di principio conseguire ad una pronuncia della Corte, a fronte della riserva di legge sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost.*" (sent. n. 49 del 2002). Tale principio,

---

Italia con legge n. 848/1955, nonché attraverso l'*art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York del 1966*, reso esecutivo in Italia con legge n. 881/1977) e, in forza della copertura costituzionale offerta dagli artt. 10 e 11 Cost. alle norme internazionali in precedenza citate, tale da rivestire un rango ed un ruolo pienamente assimilabile rispetto ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato, in particolare per quanto concerne i diritti inviolabili dell'uomo" (corsivi nel testo). La Corte di giustizia, nella recente sentenza *Berlusconi*, cit., ha affermato che il principio di retroattività favorevole "*deve essere considerato come parte integrante di principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario*" (p. 69).

<sup>50</sup> Per considerazioni analoghe relativamente alla vicenda del falso in bilancio, N. MAZZACUVA, *A proposito di interpretazione creativa*, cit. Sempre in relazione al medesimo caso si vedano le considerazioni svolte dal Tribunale di Milano, sez. II penale, nell'ordinanza 5 novembre 2002, che rigetta le richieste di rinvio alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia, affermando che "*se l'obbligo di ottemperanza alla disciplina comunitaria sovraordinata investe certamente tutto intero lo Stato nelle sue diverse articolazioni ciò non pare affatto di poter di per sé comportare, e allo stato attuale delle legislazioni, una modifica delle ripartizioni interne di competenza dei diversi organi costituzionali né tanto meno può legittimare forme anomale di supplenza*".

<sup>51</sup> Vedi le considerazioni svolte *infra* sul rispetto dell'art. 25, comma 2 da parte del giudice costituzionale.

<sup>52</sup> Parte della dottrina richiama anche l'art. 28 della l. n. 87 del 1953 per cui la giurisdizione della Corte "*esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*", così G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., 33.

afferma il giudice delle leggi, “*esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l’effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore*” (sent. 161 del 2004, ma vedi anche le richiamate sentt. n. 183, n. 508, n. 580 del 2000 e n. 411 del 1995)<sup>53</sup>.

E’ ovvio che l’orientamento della Corte sull’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem* deve essere valutato alla luce della specificità del caso in esame.

In particolare, merita sottolineare che sottoposta al vaglio di costituzionalità non sarebbe direttamente una norma incriminatrice, bensì una norma extrapenale che disciplina un elemento normativo della fattispecie.

Sotto questo profilo, la previsione dell’art. 14 non interessa solamente la disciplina penale della gestione dei rifiuti, ma anche quella amministrativa relativa, ad esempio, al possesso delle autorizzazioni per le attività di smaltimento e recupero, all’iscrizione all’Albo per chi effettua determinate operazioni di gestione, all’obbligo di compilazione di documenti (formulario, registro di carico e scarico) previsti per garantire la “tracciabilità” del rifiuto. Inoltre, in considerazione dell’attuale panorama normativo, in cui l’esercizio di funzioni amministrative è quasi sempre assistito da sanzione penale, il divieto di incidere in maniera estensiva sull’ambito applicativo di fattispecie incriminatrici renderebbe problematico ogni intervento del giudice costituzionale su norme extrapenali.

Ad ogni modo, è molto probabile che un’eccezione di inammissibilità della questione, ritenuta *in malam partem*, farebbe la sua comparsa nel giudizio costituzionale.

Certamente ove si sostenesse che “*le norme di qualificazione degli elementi normativi non aggiungono nulla al tipo di illecito, né lo specificano*”<sup>54</sup>, potrebbe ammettersi più facilmente il sindacato della Corte sull’art. 14, cit.; diversamente, ove si guardasse all’intervento del legislatore sulla nozione di rifiuto, come un’opzione di politica criminale volta a delimitare l’area di azione della sanzione penale<sup>55</sup>, diventerebbe più difficoltoso giustificare il giudizio costituzionale. Questa ultima prospettiva trova un aggancio nelle tesi dottrinali, richiamate in precedenza, per cui una norma definitoria per sua natura integra la fattispecie incriminatrice concorrendo ad individuare il contenuto del precetto penale<sup>56</sup>.

Peraltro, la questione avrebbe la specificità di fondarsi sulla violazione degli articoli 11 e 117, comma 1, Cost. In merito, il precedente della sentenza n. 161 del 2004

---

<sup>53</sup> Si tratta della sentenza sul c.d. falso in bilancio in cui viene, inoltre, chiarito come non possa richiamarsi in senso opposto la giurisprudenza costituzionale sul sindacato *in malam partem* delle norme penali di favore, “*orientamento, questo, fondato — quanto all’esigenza di rispetto del principio di legalità — essenzialmente sul rilievo che l’eventuale ablazione della norma di favore si limita a riportare la fattispecie già oggetto di ingiustificato trattamento derogatorio alla norma generale, dettata dallo stesso legislatore (fermo restando, altresì, il divieto di applicazione retroattiva del regime penale più severo ai fatti commessi sotto il vigore della norma di favore rimossa)*” (sent. n. 161 del 2004).

<sup>54</sup> G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, cit., 349.

<sup>55</sup> “*Un elemento, dunque, che esprime una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale*”, Cort. cost. sent. n. 161 del 2004.

<sup>56</sup> Vedi *retro*, nota 10.

non soccorre molto; è noto, infatti, che la nuova disciplina degli articoli 2621 e 2622 c.c. (modificati dal d. lgs. n. 61 del 2002) è stata contestata sotto il profilo del rispetto del diritto comunitario<sup>57</sup>; tuttavia il giudice delle leggi si è pronunciato in seguito ad ordinanze che invocavano come parametri di legittimità costituzionale gli articoli 3; 24, comma 1; 25; 27, comma 3; 76 e 117, Cost. (ma in relazione all'art. 8 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997 e ratificata con legge 29 settembre 2000, n. 300)<sup>58</sup>.

Ad ogni modo - e sotto diverso profilo - un brano della sentenza può contribuire a gettare luce sul problema della ammissibilità di una questione di legittimità relativa all'art. 14 del d.l. n. 138 del 2002.

Il Tribunale di Milano, con ord. 12 febbraio 2003, ha censurato le nuove norme del falso in bilancio anche per eccesso di delega. La Corte costituzionale, nel precisare che l'inammissibilità della questione, in relazione all'art. 25, comma 2, Cost., preclude un esame del merito, tiene a sottolineare che *“ove pure, in ipotesi, le censure fossero fondate, la Corte non potrebbe, difatti, comunque pervenire al risultato richiesto dal giudice rimettente (ossia alla eliminazione delle sole soglie, sia nella norma di delega che in quella delegata), perché ciò equivarrebbe pur sempre ad introdurre una norma incriminatrice diversa e più ampia di quella prefigurata dal legislatore delegante; ma dovrebbe, semmai, rimuovere l'intera norma (di delega e delegata)”*, con un effetto tale da escludere, per un diverso profilo, la rilevanza della questione e, quindi, la sua ammissibilità<sup>59</sup>.

Sebbene la Corte richiami in via preliminare l'impedimento rappresentato dal principio di riserva di legge, sembra ammettere, almeno in teoria, uno spazio demolitorio della norma incriminatrice, laddove ciò non si traduca in una fattispecie *“diversa e più ampia”* di quella prevista dalla legge di delega.

Tale spazio esisterebbe in tutti quei casi in cui l'intervento sulla norma non presenti margini di scelta per il giudice costituzionale, che non si troverebbe, pertanto, ad esercitare alcuna opzione di politica criminale, ma a ripristinare la legalità

---

<sup>57</sup> Vedi *retro*, nota 21 il riferimento alla causa *Berlusconi e altri*, da poco risolta dalla Corte di giustizia. Inoltre, il Tribunale di Palermo, con ordd. 20 novembre 2002, 21 gennaio 2003 e 6 marzo 2003 ha sollevato direttamente questione di legittimità costituzionale degli articoli 2621 e 2622 c.c. *“con riferimento all'art. 117 della Costituzione ed in relazione al dettato della direttiva CEE n. 68/151 nella parte in cui non consente l'effettività, a mezzo di idoneo meccanismo processuale, della adeguata sanzione penale prevista dalla direttiva medesima”* e ha dichiarato non manifestamente infondata *“la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Pubblico Ministero, degli articoli 2621 e 2622 c.c. in relazione agli articoli 10 e 11 della Costituzione nella parte in cui non prevedono adeguato mezzo processuale in grado di consentire la celebrazione del processo penale entro i termini di prescrizione dei reati previsti dalle stesse norme, avuto riguardo alla direttiva CEE n. 68/151”*. I giudici di Palermo hanno ritenuto di poter investire direttamente la Corte costituzionale perché la direttiva *“in quanto contenente un precetto che afferisce alla materia penale, per l'operare del principio di cui all'art. 25 Cost. non può, ex se, in caso di contrasto con il diritto interno, produrre effetti direttamente sui cittadini...in caso di contrasto...si deve prospettare il medesimo alla Corte costituzionale...”*. Com'è noto la Corte costituzionale ha rinviato la causa a nuovo ruolo, in attesa della definizione della *quaestio* dinanzi alla Corte di giustizia (ord. n. 165 del 2004).

<sup>58</sup> Ordinanze del 19 settembre 2002 del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Forlì, dell'11 dicembre 2002 del Tribunale di Melfi e del 12 febbraio 2003 del Tribunale di Milano.

<sup>59</sup> Corte cost. sent. n. 161 del 2004, punto 7.1 del *considerato in diritto*, in fine. Ammette che la violazione dell'art. 76 Cost., come ipotesi di *“invalidità formale”*, possa portare alla caducazione anche di una norma di favore, G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., 56, nota 27.

costituzionale; nel caso rappresentato dalla violazione dell'art. 76 Cost., il giudice delle leggi, preso atto del vizio, avrebbe come (unico) rimedio quello di caducare *in toto* la norma<sup>60</sup>: in tale unicità di soluzione starebbe la garanzia di evitare qualunque violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.

Risulta evidente che rare sono le ipotesi in cui può dirsi che la norma si scriva da sé, *ex Constitutione*, e non è agevole capire se nel caso della nozione di rifiuto ricorra tale evenienza. La questione è complessa, tuttavia alcuni aspetti meritano di essere evidenziati.

Innanzitutto, può essere utile ribadire che il giudizio di costituzionalità non avrebbe ad oggetto direttamente la norma incriminatrice, ma la disposizione che determina un elemento normativo della fattispecie, richiamato dalla norma penale; rispetto ad esso, si sarebbe in presenza di una qualificazione nazionale diversa da quella che si ricava dall'ordinamento comunitario e rispetto a quest'ultimo in contrasto.

In secondo luogo, giova ricordare che l'eliminazione dal mondo giuridico dell'art. 14, cit., avrebbe l'effetto di "depurare" dalla sua interpretazione autentica legislativa la previsione dell'art. 6 del d. lgs. n. 22 del 1997, che costituisce una letterale trasposizione della definizione di rifiuto contenuta nella direttiva n. 75/442/CEE. Detto altrimenti, quanto alla definizione di rifiuto, la rimozione totale della disposizione della cui legittimità costituzionale si dubita costituirebbe il modo migliore per (ri)allineare i due ordinamenti, poiché le due definizioni – anche sotto il profilo letterale – verrebbero (nuovamente) a coincidere. Se è così, si può dire che la nozione di rifiuto è imposta dal diritto comunitario e che tale imposizione è univoca; se il legislatore sceglie di costruire la fattispecie ricorrendo all'elemento normativo "rifiuto", con rinvio, pertanto, alla disciplina extrapenale, deve recepire la nozione comunitaria, pena l'illegittimità costituzionale della (diversa) definizione nazionale.

Se una è la nozione di rifiuto ed uno è il modo per ricondurre i due ordinamenti a coincidere, anche i margini di discrezionalità del giudice costituzionale si riducono drasticamente e l'eventuale declaratoria di incostituzionalità risulta maggiormente al riparo da censure fondate sul rispetto della riserva di legge<sup>61</sup>.

Ad ogni modo, non si può fare a meno di osservare – e ciò ripropone i termini di complessità della vicenda – che la pronuncia di accoglimento della questione di legittimità costituzionale avrebbe pur sempre l'effetto di ampliare l'area della sanzione penale e che l'intervento del legislatore sull'interpretazione della definizione di rifiuto potrebbe sempre essere interpretato come una modalità per selezionare i fatti penalmente rilevanti (se si segue la tesi della norma extrapenale definitoria come previsione integratrice del precetto penale).

---

<sup>60</sup> Va precisato che ad essere contestati erano sia il decreto legislativo sia la legge di delega in quanto carente dei principi normativi e criteri direttivi; non veniva in ragione, pertanto, un consueto "eccesso di delega". Sul rilievo di questa distinzione G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, loc. ult. cit.

<sup>61</sup> Sembrerebbe orientarsi in questo senso anche il Tribunale di Venezia – sezione del riesame, ord. 14 marzo 2005, n. 248, cit.: "*Sicché, l'eventuale ablazione della norma «di favore» silimiterebbe a ricondurre la fattispecie (oggetto di trattamento derogatorio) alla norma generale, preesistente, dettata dallo stesso legislatore*" (p. 3.4. in fine).

#### 4. La sentenza Niselli rispetto ai fatti successivi all'art. 14

Quanto ai procedimenti che hanno ad oggetto violazioni commesse dopo l'entrata in vigore dell'art. 14, cit., le difficoltà di ammettere la disapplicazione della norma di interpretazione autentica aumentano.

E' lo stesso avvocato generale ad ammettere che *“se si disapplicasse il decreto legge n. 138/02 in tale periodo, sarebbe più giustificato sostenere che l'applicazione diretta della direttiva determini alcuni obblighi”* (conclusioni Niselli, p. 62).

In secondo luogo, ad impedire la disapplicazione verrebbe in gioco il principio di legalità della pena inteso come *“commisurazione di un reato alla legge penale in vigore nel momento in cui è stato commesso”*<sup>62</sup>.

Sbarrata la strada della disapplicazione dell'art. 14, occorre chiedersi se sia o meno percorribile quella della questione di costituzionalità.

Nel caso di procedimenti aventi ad oggetto fatti commessi sotto la vigenza dell'art. 14, si pone il problema della rilevanza della norma costituzionalmente dubbia nel processo principale, intesa come influenza della decisione della Corte sul giudizio *a quo*, per cui la questione non sarebbe rilevante quando sia esclusa in partenza la possibilità che la decisione della Corte abbia ad incidere sul giudizio principale<sup>63</sup>.

E' rispetto a tale modo di intendere la rilevanza che si è posto il problema dell'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme penali di favore, in quanto il giudice, in tali casi, a prescindere dall'esito del giudizio costituzionale, sarebbe comunque tenuto ad applicare la norma successiva più favorevole.

La Corte sembra aver affrontato e risolto positivamente il problema della rilevanza della questione di legittimità relativa a norme penali di favore nella sentenza n. 148 del 1983<sup>64</sup>, in cui il giudice costituzionale ebbe a chiarire che *“una è la garanzia che i principi del diritto penale/costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante a dichiarazioni di illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione all'interno delle quali la legislazione stessa diverrebbe incontrollabile”*.

---

<sup>62</sup> In questo senso l'avvocato generale nelle conclusioni in causa *Berlusconi*, p. 147.

<sup>63</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit. 287; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1998, 257 – 259.

<sup>64</sup> Sulla base delle seguenti argomentazioni:

- a) l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme penali di favore verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali: i quali dovrebbero impennarsi, per effetto della pronuncia emessa dalla Corte, sul primo comma dell'art. 2 cod. pen. (sorretto dal secondo comma dell'art. 25 Cost.) e non sulla sola disposizione annullata dalla Corte stessa;
- b) lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere, non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto, ma si tratta di un problema (ovvero di una somma di problemi) inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno dunque affrontare caso per caso, nell'ambito delle rispettive competenze;
- c) non può escludersi a priori che il giudizio della Corte su una norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni certamente suscettibili d'influire sugli esiti del giudizio penale pendente.

In altri termini, la Corte ha operato un bilanciamento tra due principi in conflitto: quello della retroattività della norma penale più favorevole e quello dell'assenza di zone franche sottratte al sindacato di costituzionalità<sup>65</sup>.

Altro aspetto – considerato in maniera distinta dalla Corte nella stessa sentenza n. 148 del 1983 (vedi punto 2 del *Considerato in diritto*) – è quello dell'ammissibilità della pronuncia alla luce del principio di legalità. Sotto questo profilo, nel giudizio costituzionale attivato in un processo in cui si perseguono fatti successivi all'entrata in vigore dell'art. 14, si riproporrebbero gli stessi problemi evidenziati *retro*, con riferimento ad una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice che deve decidere su fatti pregressi.

Resta da dire, per concludere, che oltre alla possibilità di aprire le porte del giudizio costituzionale, il giudice dovrebbe continuare ad interpretare l'art. 14 in maniera conforme al diritto comunitario, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia.

## 5. Conclusioni

La vicenda della nozione di rifiuto nell'ordinamento italiano presenta delle indubbe implicazioni di sistema e costringe a porsi delle domande fondamentali circa le caratteristiche e gli sviluppi dell'integrazione comunitaria. Per questi motivi, riflettere sulla sentenza *Niselli* si traduce in una rassegna di dubbi e in un catalogo di domande, più che in un quadro ordinato di risposte, illuminate da altrettante certezze.

Tra queste domande è possibile isolarne alcune che costituiscono il precipitato dell'interrogativo di fondo sui limiti o sulle potenzialità, a seconda delle prospettive, del rapporto tra diritto interno e diritto comunitario.

Pare di poter dire, innanzitutto, che la pervasività dell'ordinamento sovranazionale stia gradualmente facendo mutare la finalità di alcuni istituti, quale quello della disapplicazione (correlato alla teoria degli effetti diretti), nati per favorire l'integrazione nei diritti dei cittadini degli Stati membri. All'intento originario, si sarebbe sostituito quello di realizzare la maggior applicazione possibile del diritto comunitario, anche a scapito delle situazioni soggettive dei privati.

Occorre chiedersi se sia possibile, allo stato – qualitativo e quantitativo – dell'attuale produzione normativa comunitaria, riuscire a distinguere tra integrazione nei diritti ed integrazione negli obblighi, o, diversamente, non occorra ammettere che il diritto comunitario, attraverso tutte le sue fonti, sia capace di creare direttamente obblighi, idonei ad essere invocati tra privati ovvero da un organo dello Stato verso un privato. In questo caso si tratterebbe di obblighi di conformità all'ordinamento comunitario rispetto ai quali gli Stati e i cittadini si troverebbero in posizione di debitori solidali, messi sullo stesso piano, per cui la violazione dello Stato finirebbe per tradursi in un risarcimento a cui è tenuto il cittadino.

In secondo luogo, la vicenda *Niselli* richiama l'attenzione degli interpreti sulla nota teoria dei controlimiti laddove costringe a domandarsi se il principio di preminenza del diritto comunitario sul diritto interno possa trovare applicazione a preferenza del principio di retroattività della norma penale favorevole.

---

<sup>65</sup> In questi termini A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 257 in fine.

Queste pagine, infine, hanno costituito l'occasione per riproporre - con riferimento ad un caso concreto - il tema dell'ammissibilità del ricorso al giudizio costituzionale in caso di violazione del diritto comunitario; la questione, già trattata in dottrina<sup>66</sup>, con il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea, è destinata ad attrarre, con rinnovato vigore, la riflessione degli studiosi soprattutto con riferimento al ruolo delle corti costituzionali nazionali, della Corte di giustizia e delle corti nazionali di merito come giudici dei diritti e delle libertà.

Quanto all'effettività del diritto comunitario la vicenda concreta oggetto di questo contributo mette in evidenza come in alcuni casi, in cui i giudici comunitari, quali la Corte di giustizia e i giudici di merito nazionali, si devono arrestare per l'inidoneità del diritto comunitario di produrre effetti pregiudizievoli sulle situazioni soggettive dei privati, vi siano spazi di intervento per il giudice costituzionale che, tuttavia, incontra il limite della discrezionalità legislativa. Forse è sull'ampiezza di questo limite che oggi si deve ragionare.

---

<sup>66</sup> Nella vasta letteratura si possono segnalare F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1995; A. CELOTTO - F. GABRIELE, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale*, Bari, Cacucci, 2001.